Nederlandse
Vereniging van Banken

Consultatiedocument wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening.

1. Inleiding

Door uw Ministerie is gevraagd om een reactie over de inhoud van de concept regeling. Onderstaande reactie richt zich op het voorstel om de materie van de Wet op het Consumentenkrediet (hierna: Wck) onder te brengen in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Door u wordt met name een reactie gevraagd op een aantal specifieke onderwerpen. Deze reactie treft u onderstaand aan. Daarnaast hebben wij gemeend op een aantal andere onderwerpen zoals die nu worden voorgesteld een reactie te moeten geven. Wij zijn graag bereid de gevraagde reactie nader toe te lichten.

Uitbreiding van de Wck-bepalingen

De Wck is grotendeels gebaseerd op richtlijn 87/102/EEG. In de preambule van de Consumer Credit Directive (richtlijn 2008/48/EG, hierna: CCD), die richtlijn 87/102/EEG vervangt, wordt vastgesteld dat veel EU-lidstaten aanvullende en verder gaande maatregelen hadden genomen ter bescherming van de consument. De verschillen in regelgeving verstoren de mogelijkheid om grensoverschrijdend van consumentenkrediet gebruik te maken. Ondermeer om aan deze situatie een eind te maken is de CCD geïntroduceerd, (zie preambule nr. 3 en 4 van de CCD).

Het vervallen van de Wck en de Wck-bepalingen zou passen in deze gedachtegang. Het voorstel waarop de consultatie betrekking heeft houdt echter geen schrapping van Wck-bepalingen in, en beperkt zich ook niet tot handhaving daarvan, maar maakt ze van toepassing op een veel groter terrein, namelijk op alle krediet aan consumenten. Een aantal uitzonderingen en een enkele versoepeling doen hieraan niet af.

Het is niet meer dan redelijk dat goed beargumenteerd wordt waarom de Wck-bepalingen worden gehandhaafd. Voor een uitbreiding van het toepassingsgebied geldt dat a fortiori. Argumentatie is in het consultatiedocument niet te vinden. Het materieel voortbestaan van Wck-bepalingen wordt als vanzelfsprekend uitgangspunt gekozen

Gesteld dat bepaalde Wck-bepalingen gehandhaafd moeten blijven, dan is het integreren daarvan in het BW toe te juichen. Het bevordert de overzichtelijkheid via een heldere systematiek. Het niet-handhaven van een toepassingsgrens van Wck-bepalingen (40.000 euro) bevordert op zich ook een heldere systematiek in het BW. Echter de gevolgen hiervan zijn zeer ingrijpend. Het is dan ook goed dat er specifiek op dit punt om reactie is gevraagd door uw Ministerie. Het is het kernpunt.

Motivering voor de wetsuitbreiding

Het schrappen van de toepassingsgrens van de Wck komt neer op nieuwe wetgeving, in die zin dat het bereik van de Wck-regels wordt uitgebreid tot kredieten groter dan 40.000 euro.

Het idee van het schrappen van de toepassingsgrens van de Wck is al eens eerder aan de orde geweest doordat leden van de PvdA-kamerfractie hiernaar informeerden. Dit was in het kader van een uitbreiding van de toepasselijkheid Besluit kredietaanbiedingen waarbij de toenmalige toepassingsgrens werd geschrapt, overigens mede op verzoek van de NVB.

De staatssecretaris van Economische Zaken antwoordde toen:

"....De regering is niet voornemens het grensbedrag te schrappen voor voorschriften die buiten het Besluit kredietaanbiedingen vallen. In het kader van een sober wetgevingsbeleid wordt slechts dan tot uitbreiding van het bereik van wetgeving overgegaan indien ondubbelzinnig vaststaat dat daaraan een duidelijke maatschappelijke behoefte bestaat."
[Kamerstuk 26 971, nr. 3]

De staatssecretaris stelde vast dat dit niet het geval was.

De staatssecretaris gaf vervolgens het volgende aan:

"Daarnaast moet worden opgemerkt dat Nederland met het wegvallen van een bovengrens uit de pas zal gaan lopen met andere Lidstaten in Europa. Hierdoor zal een mogelijke overloop ontstaan van Nederlandse kredietnemers naar andere Europese kredietaanbieders."
Verder noemde de staatssecretaris het concurrentienadeel dat voor Nederlandse kredietaanbieders zou ontstaan.

In document 26 971 nr. 7 wees de staatssecretaris nog op handelsbelemmeringen voor buitenlandse aanbieders die zouden volgen uit het schrappen van de toepassingsgrens. "Dergelijke effecten zijn alleen te rechtvaardigen indien de noodzaak daartoe kan worden aangetoond en de effecten van wijziging van het grensbedrag evenredig zijn. Dit is zeer de vraag gezien de categorie (meer draagkrachtige) consumenten waarover het gaat bij kredieten boven de vijftigduizend gulden."

Al deze overwegingen zijn valide en nog actueel.

Als we nog verder terug gaan naar de introductie van de voorgangers van de Wck, dan was het toen duidelijk dat er zich problemen voordeden op het gebied van kredietverstrekking die opgelost moesten worden. Maar welk probleem moet er nu opgelost worden?

We hebben nu een unieke situatie. Enerzijds zijn er de kredieten die onder de Wck vallen en anderzijds zijn er de kredieten die er buiten vallen. Er is dus de mogelijkheid tot vergelijkend empirisch onderzoek. Dat onderzoek zou kunnen laten zien of zich buiten het toepassingsgebied van de Wck werkelijk op een schaal van betekenis problemen voordoen, die toepasselijkheid van de Wck had kunnen voorkomen.
Het is ons niet bekend dat er een dergelijk onderzoek is gedaan. Als er geen empirische gegevens zijn die laten zien dat er problemen zijn, is naar onze mening uitbreiding van regelgeving een slag in de lucht.

De Wck-bepalingen beperken de vrijheid van partijen, grijpen in op de partijverhoudingen, compliceren en werken prijsverhogend. Met de bepalingen die hun oorsprong hebben in de CCD was dit veel minder het geval. De CCD richt zich in hoofdzaak op voorlichting aan de consument. Het niet overnemen van de in de CCD genoemde toepassingsgrens van 75.000 euro was dan ook veel minder ingrijpend dan het schrappen van de 40.000 euro-grens.

Naast de vraag naar de reden voor wetgeving is er de vraag naar de te verwachten effecten. Tot de effecten behoren hogere kosten en ook effecten voor de solvabiliteit van banken. Wij zijn hierover niets tegen gekomen en wij gaan er vanuit dat ook hiernaar geen onderzoek heeft plaatsgevonden. Het staat voor ons vast dat op dit punt een grondige analyse is vereist

en dat De Nederlandsche Bank (hierna: "DNB") bij dit onderwerp ten nauwste betrokken moet worden.

Verder merken wij op dat een uitbreiding van de toepasselijkheid van Wck-bepalingen impliciet zou inhouden dat er al decennia lang problemen zouden zijn, waar nu eindelijk een oplossing voor komt. Bovendien houdt het in dat de CCD de consument niet toereikend beschermt. Het eerste punt herkennen wij helemaal niet en op het tweede punt missen wij beargumentering.

Overigens brengt het stapelen van "CCD-bepalingen" en Wck-bepalingen een hoofddoelstelling van de CCD, namelijk harmonisatie van regelgeving in de Unie, nog verder weg. Dit kan leiden tot de effecten die de staatssecretaris aangaf in de citaten hierboven.

Ten slotte merken wij op dat de huidige Wck zowel op zichzelf, als in combinatie met de CCD-bepalingen ook nu al niet onproblematisch is. Uitbreiding zoals overwogen betekent uitbreiding van de problemen.
Graag geven wij op dit punt desgewenst nadere toelichting.

1 Het schrappen van de algemene limiet van krediet boven 40.000 euro
Het voorstel houdt in dat de toepassingsgrens van de Wck (40.000 euro) wordt losgelaten. Dit heeft voor financiële instellingen en cliënten ingrijpende gevolgen.

De praktijk voor kleine kredieten (kleiner dan 40.000 euro) en de grote is heel anders. Typerend voor de situatie die de Wck beoogde te regelen, was een kredietnemer met een vaste bron van inkomsten (loon) die voor consumptieve doelen (een TV, een plotseling nodige reparatie) een krediet kreeg. Het krediet moest ook weer uit die inkomsten terug worden betaald en door beperking van de mogelijkheid van opeising van het krediet, werd bevorderd dat de kredietnemer daartoe ook steeds in staat was. Dit marktsegment wordt bediend met sterk gestandaardiseerde kredieten en processen.

Bij grotere kredieten (groter dan 40.000 euro) is de situatie vaak anders. Hier is de kredietnemer vaak ondernemer-achtig bezig, ook al is hij in het systeem van de wet consument. Denk bijvoorbeeld aan kredieten die een rol spelen bij de exploitatie van onroerend goed. In een aantal gevallen zal het dan gaan om hypothecair krediet, zodat de Wck niet van toepassing is. In andere gevallen zal de Wck wel van toepassing zijn.

Terzijde merken we op dat categorieën als niet-hypothecair krediet versus hypothecair krediet en consument versus niet-consument vaak tot grillige, arbitrair aandoende uitkomsten leiden. Categorieën als deze bepalen immers het al dan niet van toepassing zijn van de Wck-regels. Uitbreiding van het bereik van de Wck-regels maakt het probleem knellender.

Veel van de deelnemers op deze markt zijn naast consument ook formeel ondernemer, terwijl er ook veel vermogende consumenten zijn. Er wordt veel met zekerheidsrechten gewerkt, met de kredietnemers vindt vaak intensief overleg plaats en het (vaste) inkomen van cliënt is niet de allesbepalende factor voor het verlenen van krediet. De portefeuille van deze kredieten is uiteraard zeer geschakeerd.

Waarom het Wck-regime zich nu ook zou moeten gaan uitstrekken tot deze grote kredieten is - zoals ook al eerder aangegeven - volstrekt niet duidelijk, te minder nu voor deze kredieten reeds het CCD-regime van toepassing is.

Negatieve gevolgen van het schrappen van de algemene limiet:

1.1 Opeisingsgronden artikel 7:77 sub c BW

Artikel 7:77 BW is op alle kredieten van toepassing. In de toelichting is aangegeven dat er ruimte is om het toepassingsgebied van artikel 7:77 sub c BW te beperken met een maximale limiet. Wij merken op dat de praktijk al geruime tijd is ingesteld op het regime van de Wck met een toepassingsgrens van 40.000 euro. In praktische zin leidt handhaving van de Wck-bepalingen dan ook niet tot nieuwe problemen. Een verhoging of schrapping zou echter aanzienlijke tot zeer grote gevolgen hebben. Dit wordt hieronder nader toegelicht.

De Wck is geschikt voor de massa van de gevallen namelijk die van de werknemer die loon verdient en een uitkering krijgt als hij zijn werk verliest. Er is dan een doorgaande stroom inkomsten waarmee periodieke betalingen (termijnen) kunnen worden gedaan. Opzegging van het krediet leidt er slechts toe dat er geen uitgaven meer kunnen worden gedaan ten laste van het krediet. Na opzegging van het krediet kan het jaren (bijvoorbeeld vijf jaar) duren voordat het krediet volledig is terugbetaald.

Natuurlijk verloopt het niet steeds goed en wordt een financier wel eens gedupeerd door de beperkte mogelijkheden om op te eisen. Dat een individuele kredietnemer door het opeisingsverbod bescherming geniet is winst, en de kosten daarvan moeten dan maar worden omgeslagen over de grote massa van gelijksoortige kredieten kan men denken. Kenmerkend voor de Wck is verder een quasi totaal verbod op het nemen van zekerheden. Dit benadrukt dan weer dat het regelmatige inkomen de bron bij uitstek voor het aflossen is.

Voor grote kredieten wordt het moeilijk tot onmogelijk om over een gelijksoortige massa van kredieten te spreken. Ook is de continuïteit van inkomsten die de kenmerkend is voor het typische Wck-krediet veel minder vaak voorkomend. Hierom, en vanwege het dikwijls aanwezig zijn van vermogen, spelen zekerheidsrechten vaak een belangrijke rol.

Voor kredieten groter dan 40.000 euro kennen wij op dit moment veel opeisingsgronden. Krediet in rekening-courant (bijvoorbeeld krediet op een betaalrekening) kan meestal zelfs dagelijks worden opgeëist omdat het gewoonlijk ook dagelijks opzegbaar is. Sinds implementatie van de CCD moet echter voor opzegging minimaal een termijn van twee maanden in acht genomen worden. Uiteraard moet daarbij wel de nodige zorgvuldigheid worden betracht.

Voor kredieten groter dan 40.000 euro voor een bepaalde tijd zijn de opeisingsgronden vaak limitatief omschreven. Meestal hebben ze te maken met een verandering in de inkomens- of vermogenspositie van de kredietnemer of met veranderingen in de zekerhedenpositie van de kredietgever, bijvoorbeeld de insolventie van een borg. Krediet dat mede op onderpand van effecten is verleend komt veel voor en is een illustratie van een zekerhedenpositie met als bijzonderheid dat de waarde van de dekking op ieder moment nauwkeurig is vast te stellen. Hier wordt niet het zuivere effectenkrediet bedoeld zoals in artikel 7:57 (75) BW benoemd.

Een systeem waarbij een financier slechts kan opeisen als het mis is gegaan (hierop komt het in hoofdzaak neer bij de Wck) stelt de financier voor onaanvaardbare risico's in de meestal meer dynamische situaties bij kredietnemer met grotere kredieten. De financier kan niet ingrijpen en moet dan maar afwachten of ook de kredietnemer de zienswijze van de financier op zijn situatie deelt. Allicht denkt hij dat zijn onderneming waaruit hij inkomsten geniet wel zal opkrabbelen of dat de aandelenmarkt zich wel zal herstellen.

Overigens is het systeem van de Wck geënt op de gedachte dat er in maandelijkse termijnen wordt betaald. Dit is bij grotere kredieten heel vaak niet het geval. Er hoeft vaak gedurende de looptijd van het krediet alleen rente (en provisies) te worden betaald. Als de Wck zou gaan gelden voor kredieten waarvoor geen maandelijkse termijnen verschuldigd zijn, dan is het niet geregeld in welk tempo terugbetaling moet plaatsvinden in het geval de kredietfaciliteit wordt opgezegd. De Wck past, ook zo gezien, niet op dit soort situaties.

Zoals gezegd zijn er bij grotere kredieten vaak geen termijnbedragen zoals bedoeld in artikel 33 c onder 1 Wck (achterstalligheid in betaling van termijn). Opeisbaarheid verbinden aan achterstalligheid met betaling van termijnbedragen is dan ook niet mogelijk. Als er al een beperking van opeisbaarheid mocht worden geïntroduceerd, dan zou opeisbaarheid gekoppeld moeten zijn aan het in gebreke blijven met het voldoen aan verplichtingen of het niet langer voldoen aan voorwaarden. Het kan dan gaan om het nalaten om desgevraagd zekerheid te stellen of het niet meer voldoen aan het uitgangspunt van een bepaald inkomen of van een waarde van een (effecten)onderpand.

Overigens zal een strikt opeisbaarheidsregime leiden tot allerlei juridische constructies waarin voor alle partijen veel tijd en moeite gaat zitten zonder dat dit nu in algemene zin voordelen oplevert. Zo zal een opeising die slechts is toegestaan bij wanprestatie bevorderen dat uitgebreid zal worden opgeschreven wanneer dat het geval is. Denk aan afspraken over de waarde van een bepaald onderpand, over de hoogte van inkomen, over de solvabiliteit van de borg etc.
De verhoging van risico's voor de kredietgever door beperkingen in aanpasbaarheid van rente en opeisbaarheid zal deze willen c.q. moeten beperken door kredieten voor relatief korte termijn te verschaffen. Dit zal vaak tegen het klantbelang in zijn. Zo wordt er onnodig een belangentegenstelling tussen kredietnemer en kredietgever in het leven geroepen.

Opeisbaarheid is heel belangrijk waar het gaat om kredieten mede op onderpand van effecten. Zie hierna onder hoodstuk 4 inzake Effectenkrediet.

Saldocompensatie
Saldocompensatie is het toestaan van krediet tegen onderpand van een tegoed van kredietnemer bij de kredietgever. Geld tegen geld dus. Opeisbaarheid van krediet is essentieel voor saldocompensatie.

In praktische zin is deze vorm van kredietverlening vooral een instrument van cash management die overwegend alleen aan vermogende cliënten op verzoek ter beschikking wordt gesteld. Saldocompensatie maakt het voor een cliënt mogelijk om van rekening 1 geld op te nemen zonder dat er op die rekening een toereikend tegoed is indien op rekening 2 voldoende tegoed bestaat. Cliënt hoeft dus niet eerst van rekening 2 naar rekening 1 over te boeken alvorens hij geld kan opnemen.

Essentieel voor saldocompensatie is dat de debet- en creditsaldi verrekend (gecompenseerd) kunnen worden. Voor verrekening is directe opeisbaarheid nodig, ook voor wat betreft de vordering van de bank op de cliënt. Als de schuld van de cliënt echter gezien zou worden als een krediet en als de opeisbaarheid van dat krediet beperkt zou worden, dan is verrekening (doorgaans) niet mogelijk. Hiermee wordt saldocompensatie voor consumenten onmogelijk. Naar wij begrijpen houdt de regeling die ter consultatie voorligt wel de mogelijkheid van het verpanden van de tegoeden van de cliënt bij een bank in. Echter, wat kan men met een pandrecht voor een vordering die niet op te eisen is? Men stelle zich de absurde gevolgen voor.

Een en ander dient geen enkel redelijk doel, maar maakt wel een praktijk die al heel lang bestaat onmogelijk. Saldocompensatie is bovendien vanuit het oogpunt van consumentenbescherming geheel onproblematisch.
De cliënt behoeft immers zo goed als geen bescherming en al helemaal niet die van de Wck. Want hij heeft het geld dat hij moet terugbetalen al, en heeft het bovendien reeds ter beschikking van de bank gesteld. Hij is dus per definitie in staat te betalen.
Het kan toch niet de bedoeling zijn dat een cliënt wordt aangezet om een andere vorm van krediet te nemen. Een andere vorm die beslag zal leggen op de solvabiliteit van de bank en die dus duurder zal moeten zijn.

1.2 Het niet toestaan van eenzijdige verhoging van de kredietvergoeding (artikel 7:77 sub a BW)

Wij merken op dat onvoldoende duidelijk is wat er onder "kredietvergoeding" wordt verstaan (zie meer hierover onder punt 2).

We hebben hier te maken met een probleem dat nu al bestaat maar dat groter dreigt te worden. De uitleg van de huidige bepaling die in de memorie van toelichting op de Wck is gegeven, geeft aan dat bij een variabele kredietvergoeding, verhoging slechts is toegestaan, indien die verhoging het resultaat is van omstandigheden op de geld- en kapitaalmarkt. Nu hierover in het consultatiedocument geen nadere toelichting is gegeven, kan de gedachte opkomen dat de motivering van ruim 30 jaar geleden nog steeds geldt.

Deze observatie brengt ons op de meer algemene vraag naar de status van de oude parlementaire geschiedenis van de Wck. Moet men ervan uitgaan dat die nog steeds actueel is behalve op punten waarop de nieuwe Memorie van Toelichting er afstand van neemt?

Terzijde merken wij op dat in het verband van de Europese Unie geen beperkingen gelden om de variabele rente voor consumentenkrediet aan te passen. Introductie van dergelijke regels in Nederland zou een concurrentiele achterstand betekenen voor Nederlandse instellingen die consumentenkrediet verlenen.

Het is voor de stabiliteit van het bankwezen essentieel dat het duurzaam realiseren van een marge tussen ingeleend en uitgeleend geld mogelijk is. Als men eenzijdig verhogen leest als een verhoging van de rente op initiatief van de financier, dan impliceert dit dat een renteverhoging slechts mogelijk is, als niet door de bank zelf vastgestelde referentiewaarden per saldo resulteren in een stijging (het Ministerie van Economische Zaken stelde de ten hoogste toegelaten kredietvergoeding vroeger vast met gebruikmaking van ondermeer een

mix van referentierentes). Als abstract concept en vanuit consumentenperspectief lijkt dit een goed uitgangspunt.

Echter de kosten van een financier worden door veel meer factoren bepaald dan de ontwikkelingen op de geld- en kapitaalmarkt. Op sommige heeft de financier invloed, maar op andere zeker niet. Denk hierbij aan de kapitaaleisen die door DNB in het kader van de Bazelse akkoorden aan banken worden opgelegd. Hiervoor moeten banken significante kosten maken zonder dat zij hierop invloed hebben en zonder dat die kosten waren te voorzien ten tijde van eerdere kredietverstrekking. Er worden veel kredieten voor onbepaalde tijd verstrekt met een variabele kredietvergoeding. Een combinatie van niet-opeisbaarheid en een onmogelijkheid tot tariefsaanpassing zou tot grote problemen kunnen leiden.

Euribor leningen vormen een vrij recente illustratie van een dergelijk geval. Omdat het hier ging om kredieten groter dan 40.000 euro kon dit worden opgelost door het doorvoeren van een tariefsverhoging.
Een toelichting over dit soort gevallen verstrekken wij desgewenst graag.

Een mogelijke reactie van financiers op een onmogelijkheid om tarieven aan te passen zal zijn om zeer veilige (lees grote) marges te bedingen. De prijs voor die veiligheid zal dan rechtstreeks opgebracht moeten worden door de consument.

Een andere mogelijke reactie is om slechts kredieten met een korte looptijd aan te bieden. Het zich committeren op langere termijn is immers onaanvaardbaar riskant. Ook hiermee is uiteindelijk de consument niet geholpen, integendeel. Het zal leiden tot vele malen beëindigen van krediet gevolgd door vele malen verlenen van formeel nieuw krediet. Dit is op zijn beurt weer zeer kostenverhogend en ook dat zal weer aan de consument moeten worden doorgegeven.
Overigens is het nog de vraag hoe de rechtspraak een dergelijke praktijk zal beoordelen. Als de rechter van oordeel is dat partijen in werkelijkheid bedoeld hebben een krediet voor langere termijn te sluiten, dan valt een dergelijke opzet in het water. Het gevaar dat veel rechtsonzekerheid wordt geïntroduceerd, is dan ook groot.

Een op dit moment veel voorkomende figuur bij grote kredieten is die waarin de bank telkens een rente aanbiedt die voor een bepaalde termijn zal gelden indien de cliënt het aanbod aanvaardt.
Aanvaardt de cliënt het aanbod niet dan dient hij af te lossen, maar het kan ook zijn dat hij dan voor een vaste rente voor een langere periode kan kiezen. Deze opzet is aantrekkelijk voor cliënten die verwachten voordeliger uit te zijn door meerdere malen voor een korte rente te kiezen dan voor een lange rente. Het lijkt ons dat dit zonder meer mogelijk moet blijven, maar uitbreiding van Wck-bepalingen dreigt hier op zijn minst onduidelijkheid te brengen. Duidelijkheid op dit punt is van groot belang.

Zou een verbod volgens de hiervoor genomen interpretatie hebben gegolden in de breedte zoals nu overwogen, dan zou dit ongetwijfeld tot ernstige problemen voor banken hebben gezorgd. Dit onderwerp is dan ook een onderwerp waarvan de gevolgen voor financiële instellingen zeer zorgvuldig moeten worden overdacht, waarbij DNB stellig een belangrijke rol te spelen heeft. Ook een beperking aan opeisbaarheid heeft gevolgen die mede door DNB onderzocht zouden moeten worden.

In dit verband wijzen wij nog op een reactie van oud minister Bos op Kamervragen van de Kamerleden Tang en Depla. Met kennelijke instemming werd door de minister gemeld dat in voorwaarden in de meeste gevallen het recht is bedongen om eenzijdig de hoogte van de variabele rente vast te stellen. Het ging hier overigens over hypothecaire vorderingen. Die zijn geen onderwerp van deze consultatie, maar de onderliggende problematiek betreffende inlenen en uitlenen is vergelijkbaar.

(zie Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 2008 – 2009, aanhangsel van de Handelingen, 1045)

1.3 Verbod op verplicht aanhouden van rekeningen waaraan kosten zijn verbonden (7:77 sub b BW)

Dit verbod uit de Wck past niet in het CCD-systeem. In het Wck-systeem was dit logisch, immers het moest onmogelijk zijn om de consument nog iets anders te laten betalen dan de kredietvergoeding (meestal als rente aangeduid) waarin alle kosten verwerkt moesten/konden zijn.
Dat is niet meer het geval. De kredietgever is vrij om allerlei kosten en vergoedingen met de cliënt af te spreken. De benodigde transparantie moet van het jaarlijks kostenpercentage (hierna: "JKP") komen. Het introduceren van de Wck-bepaling betekent een wezensvreemd element in het BW (CCD). Dat is al het geval voor de Wck-kredieten, maar nu wordt het probleem op een groter gebied voelbaar.

Een krediet in rekening-courant staat per definitie op een rekening. Een dergelijke rekening zou gratis moeten zijn, althans, er zou een mogelijkheid moeten zijn om het krediet op een gratis rekening ter beschikking te krijgen. Los van de onpraktische gevolgen zou dit betekenen dat de kosten van een rekening in de toe te passen rente verwerkt zouden moeten worden.

Echter, zo is er geen samenhang meer tussen de kosten die voor de bank aan een rekening zijn verbonden en de inkomsten ter bestrijding van de kosten die zijn gekoppeld aan het kredietgebruik, iets dat de bank niet in de hand heeft. De toezichthouder eist echter dat producten zoveel mogelijk zichzelf bedruipen als het om kosten en baten gaat. Dit wordt hiermee onmogelijk.

Overigens zou het beschikbaar zijn van een gratis rekening allicht uitlokken dat men krediet neemt louter om zo aan een gratis rekening te komen. Als vervolgens wordt afgezien van gebruikmaking van het krediet leidt de bank op zo'n arrangement voortdurend verlies. Bovendien wordt de bank met ongebruikt krediet opgezadeld, en ook dat is een kostenpost. Ondertussen wordt het krediet onnodig duur omdat daarin de kosten van een rekening verwerkt moeten worden.

Verder strijdt het verbod van 7:77b BW met recente wetgeving.
Zo is in de toelichting bij artikel 7: 57 onderdeel i BW het volgende opgenomen:

"*Met de laatstgenoemde kosten wordt gedoeld op de kosten die in rekening worden gebracht voor het beheer van een betaalrekening die verplicht moet worden aangehouden en waarop zowel betalingen als kredietopnemingen worden geboekt…. De kosten van betaalrekeningen,*

betaalpassen en dergelijke hoeven niet te worden meegenomen bij de bepaling van het JKP wanneer opening van de rekening facultatief is."

Deze toelichting impliceert dat het toegestaan is de klant voor het gebruik van het krediet een betaalrekening te verplichten waarvoor kosten in rekening worden gebracht. In het wetvoorstel 32339 is verder onder E de volgende bepaling uit artikel 30 eerste lid komen te vervallen:

"*en waaraan voor de kredietnemer geen kosten zijn verbonden.*"

Deze bepaling is nu echter in artikel 7:77 sub b BW weer opgenomen.

1.4 Van toepassing worden van artikel 7:79 BW, verbod op verpanding (zie ook onder punt 3.)

Waar bij Wck-kredieten het inkomen de basis is voor terugbetaling, komt het bij grotere kredieten nogal eens voor dat vermogen c.q. vermogensobjecten (mede) de basis zijn. De kredietnemer kan een deel van zijn illiquide vermogen gebruiken om aan liquiditeiten te komen. Zo kunnen erfgenamen objecten verpanden om krediet ter betaling van de erfbelasting te betalen. Ook kan iemand bepaalde kostbaarheden willen verkopen, en alvast een "voorschot" op de opbrengst nemen door op onderpand krediet te nemen. Dat zijn legitieme wensen en in het geval van de erfgenamen is het misschien de enige uitweg. Het moeten betalen van erfbelasting is immers geen keuze van de erfgenamen.
Het oorspronkelijke idee achter de Wck, dat iemand wel tot bezinning zou komen als hij te verpanden objecten ook daadwerkelijk uit handen zou moeten geven, speelt bij deze voorbeelden in het geheel niet.
Belemmeringen voor verpanding voor grotere kredieten dienen naar onze mening geen doel. Het gaat om grotere kredieten en dus vrij waardevolle objecten. Niet om objecten die tot de eerste levensbehoeften behoren.

2. De ten hoogst toegelaten kredietvergoeding

Er bestaat onduidelijkheid over wat de kredietvergoeding omvat. De definitie zoals opgenomen in de Wck zal komen te vervallen. Deze definitie luidde:

'*kredietvergoeding: alle beloningen en vergoedingen, in welke vorm ook, die de kredietgever of de leverancier ter zake van een kredietransactie bedingt, in rekening brengt of aanvaardt, bij goederenkrediet verminderd met het totaal van de contantprijzen van de zaken onderscheidenlijk diensten, waarvan de kredietnemer het genot wordt verschaft onderscheidenlijk welke aan de kredietnemer worden verleend.*'

In de huidige BW-definities is de definitie van "kredietvergoeding" niet terug te vinden. In het BW staan wel definities van "debetrentevoet" en "jaarlijks kostenpercentage". Het is ons niet duidelijk hoe "kredietvergoeding" zich verhoudt tot deze begrippen. Terzijde merken wij op dat ook de verhouding tussen de term "kredietransactie" en het in het BW gedefinieerde begrip "kredietovereenkomst" ons niet duidelijk is.

De Wck verbood iets anders in rekening te brengen dan de kredietvergoeding (artikel 34 Wck). Deze was aan een maximum gebonden, en voor de berekening daarvan was er een

formule. Kosten die niet in de formule pasten konden dan ook niet in rekening worden gebracht. Incassokosten waren hiervan een voorbeeld. Het zijn kosten die in incidentele gevallen gemaakt worden. Aangezien de formule geen ruimte voor incidentele gevallen bood, moesten de kosten voor de portefeuille op voorhand worden geschat en moesten die geschatte kosten in het reguliere tarief worden verwerkt.

De voorgestelde regels kennen echter geen verbod meer om iets anders in rekening te brengen dan een kredietvergoeding. Dit strookt ook met de CCD, die evenmin een dergelijk verbod kent. In het wetsvoorstel wordt betoogd dat bepalingen omtrent de maximaal toegestane kredietvergoeding kunnen worden geschrapt omdat er een bestuursrechtelijke voorziening komt waarin de ten hoogste toegestane kredietvergoeding zal worden geregeld.

Op basis van 4:35 Wft geldt nu het voor de Wck opgestelde Besluit Kredietvergoeding. Het is ons niet duidelijk of dat besluit onverkort blijft bestaan of dat daar ook wijzigingen in worden aangebracht. Het lijkt ons echter geen wenselijke situatie dat het gehele systeem van de ten hoogste toegestane kredietvergoeding per AMvB wordt bepaald. Het betreft immers voor kredietverstrekkers een essentieel onderdeel van de bedrijfsvoering. Het is zeer belangrijk dat er rechtszekerheid bestaat over het systeem. Dit klemt te meer daar de overheid tot nu toe niet in staat is gebleken op dit punt onder het CCD-regime tot duidelijkheid te komen.

Kosten voor het aanhouden van een rekening of voor een betaalinstrument als een creditcard werden in de praktijk onder de Wck niet meegenomen in de kredietvergoeding. Die kosten zag men niet als aan het krediet verbonden, maar aan het "betalen".

In de CCD is echter uitdrukkelijk bepaald dat kosten zoals voor het verplicht aanhouden van een rekening moeten worden meegenomen in de JKP-berekening. Dat impliceert dat die kosten gezien worden als kosten van het krediet en kosten die wel in rekening gebracht mogen worden. Meer in het algemeen geldt in het systeem van de CCD dat een kredietverstrekker vrij is in wat hij in rekening brengt. Transparantie voor de consument wordt bereikt doordat alles wat in rekening wordt gebracht moet worden meegenomen in de JKP-berekening.

Kan de consument nu met een maximumtarief worden beschermd?
Als er slechts een maximum voor de rente zou gelden dan laat dat de kredietverstrekker vrij om allerlei kosten en provisies in rekening te brengen, zodat een maximum rente geen bescherming biedt. Verbindt men een maximum aan het JKP, dan zal dat maximum op een "hoog" percentage moeten worden vastgesteld omdat bijvoorbeeld een klein krediet bij een credit card anders onmogelijk zou worden (zonder goede reden). Een hoog JKP laat echter weer de mogelijkheid voor hoge rentes toe (in andere gevallen) waardoor de consument hiertegen niet is beschermd.
Biedt een maximum aan de kredietvergoeding een oplossing? Het is op dit moment volstrekt onduidelijk wat onder "kredietvergoeding" verstaan moet worden. Wij vinden het echter vanuit een oogpunt van rechtszekerheid niet aanvaardbaar dat op dit punt invulling wordt gegeven op een thans nog onbekende manier en wel per AMvB. Op zijn allerminst zou van een dergelijk AMvB nu al een concept beschikbaar moeten zijn voor consultatiedoeleinden.

Het Wck-stelsel verbiedt (per AMvB) het in rekening brengen van incasso-kosten. Het idee is dat op grond van de wet van de grote getallen de bank de incassokosten voor de portefeuille kan inschatten en verwerken in de toe te passen rente. Een soort collectivistische aanpak

waarbij de goede debiteur meebetaalt voor de slechte debiteur. Voor grotere en zeer diverse kredieten kan er niet rationeel met een dergelijke aanpak gewerkt worden, lijkt ons. Los daarvan wordt de onbillijkheid klemmender bij grotere en meer diverse kredieten.

Of er vertragingsrente in rekening gebracht zal kunnen worden is nu geheel onduidelijk. In het geval dit niet zo zou zijn, dan geldt het in de vorige alinea opgemerkte analoog.

De vaagheid die we nu zien rond het concept van kredietvergoeding is niet acceptabel.

3. Krediet tegen bezitloos pandrecht op vorderingen

Dat verpanding van vorderingen niet meer in algemene zin verboden zal zijn is op zichzelf goed (toelichting op artikel 7:79 BW). De huidige praktijk wist zich overigens prima te redden met dat verbod. Eventuele praktische relevantie is er dan ook pas als de toepassingsgrens van de Wck-bepalingen niet op het huidige peil zou worden gehandhaafd.

Hiervoor kwam saldocompensatie al ter sprake. Saldocompensatie veronderstelt niet alleen de mogelijkheid te verrekenen (wat weer opeisbaarheid veronderstelt) maar veronderstelt ook een effectief pandrecht. Als de bank immers een debetstand toestaat tegen een tegoed van de cliënt bij de bank dat niet direct opeisbaar is (een deposito) dan moet de bank de zekerheid hebben dat het deposito ook als verhaalsobject beschikbaar is en dat dit niet doorkruist kan worden door een beslag onder de bank door een schuldeiser van de cliënt.
Nu het de bedoeling lijkt te zijn dat vorderingen verpand kunnen worden is het belangrijk expliciet vast te stellen dat onder vorderingen ook geldelijke tegoeden van kredietnemer bij de bank vallen.
Een opmerking van deze strekking in een toekomstige Memorie van Toelichting zou dan ook welkom zijn.

Als wij het goed zien is indertijd het verpandingsverbod ingegeven door de vrees voor overkreditering. De gedachte was dat een kredietgever blindelings krediet zou kunnen geven als hij voldoende zekerheden kon bedingen omdat hij zijn geld toch wel zou krijgen. Deze gedachte lijkt achterhaald. Kredietverstrekkers zijn inmiddels immers onderworpen aan gedragscodes die als hoofdonderwerp hebben het voorkomen van overkreditering. Een financier is door kredietnemer ook aan te spreken in het geval van overkreditering, zodat er een privaatrechtelijke sanctie is.

Overigens gaat de concept toelichting op artikel 7:79 BW er kennelijk vanuit dat eigenaars van kostbare schilderijenverzamelingen, als zij krediet nemen, beschermd moeten worden. Decennia lang is de gedachte geweest dat de Wck vooral diende om de kwetsbaren te beschermen. Hiervoor moest een deel van de contractsvrijheid maar worden ingeleverd. Nu is blijkbaar de gedachte geweest dat ook welgestelden de bescherming van de Wck moeten krijgen, in aanvulling op de bescherming die er toch al is. Wat is die extra bescherming overigens? Indien het geval wordt bestreken door de Gedragscode Consumptief Krediet dan moet worden vastgesteld of de aanvrager van krediet tot terugbetaling in staat is. Het al dan niet hebben van schilderijen speelt hierbij geen rol, tenzij het voornemen bestaat schilderijen te verkopen. In zo'n uitzonderingsgeval is er ook niets op tegen om een voorschot op de opbrengst te geven. Verder zijn de schilderijen verhaalsobject voor schuldeisers. Een verbod op bezitloos pandrecht verandert hier niets aan.

Het blijft geoorloofd zaken te verpanden mits ze aan het bezit van de kredietnemer onttrokken worden. Het praktisch nut van deze mogelijkheid lijkt beperkt. In het voorbeeld van het te verkopen schilderij zou een pandrecht zinvol kunnen zijn. Het geeft de financier een zekerheidsrecht terwijl de kredietnemer toch van plan was van het genot van de zaak af te zien.

De overwogen verlichting van de werking van artikel 7:79 BW juichen wij toe. Zoals al opgemerkt is het belangrijk dat duidelijk blijkt dat tegoeden in geld en effecten onder vorderingen worden begrepen.
Wij herhalen dat een pandrecht zonder de bevoegdheid de vordering tot zekerheid waarvoor de verpanding is geregeld op te eisen, tot onhanteerbare situaties zal leiden.

4. Effectenkrediet

Conform de bepalingen in de "oude" Wck (voor de implementatie van de CCD) was de Wck niet van toepassing op kredietransacties die bestaan uit belening van ter beurze genoteerde effecten dan wel van niet ter beurze genoteerde effecten, voor zover de waarde daarvan door middel van een openbare prijsaanduiding voor een ieder kenbaar is, mits de kredietsom de waarde van de betrokken effecten op het tijdstip van het aangaan van de transactie niet te boven gaat. Destijds werd geen onderscheid gemaakt tussen zogenaamd effectenkrediet "verlicht regime" en effectenkrediet "verzwaard regime". Onder effectenkrediet "verlicht regime" wordt hierna verstaan effectenkrediet tegen onderpand van effecten en met als doel het verrichten van transacties in financiële instrumenten zoals bedoeld in artikel 7:57 lid 1, onderdeel o BW.

Onder effectenkrediet "verzwaard regime" wordt hierna verstaan alle andere doorlopende kredieten met als onderpand een effectenportefeuille, ongeacht het bestedingsdoel van het krediet.

Sinds de inwerkingtreding van de wet ter implementatie van de CCD gelden de bepalingen in de Wck niet voor de overeenkomst betreffende effectenkrediet verlicht regime. De uitzondering geldt niet voor effectenkrediet verzwaard regime zodat de Wck-bepalingen daarvoor wel gelden.

Door de toepassingsgrens voor kredietransacties van minder dan 40.000 euro (artikel 3 Wck), zijn deze effectenkredieten "verzwaard regime" veelal toch uitgezonderd van de bepalingen in de Wck.

Als gevolg van het loslaten van de toepassingsgrens van 40.000 euro, in het wetsvoorstel om de materie van de Wck onder te brengen in het BW, zal een groot aantal effectenkredieten "verzwaard regime" alsnog onder de bepalingen van de Wck (zoals op te nemen in het BW) worden gebracht. Hierbij kan - onder meer - worden gedacht aan de beperkte opeisingsgronden zoals op te nemen in artikel 7:77 BW (artikel 33 Wck). Dit is niet in het belang van de consument.

Hieronder zullen we de ongewenste gevolgen van de toepasselijkheid van de bepalingen uit de Wck op effectenkredieten nader uiteenzetten.

4.1 Effectenkrediet, informatie-inwinning en verbod op overkreditering
Op grond van artikel 4:34 lid 1 Wft wint een aanbieder van krediet voorafgaand aan de totstandkoming van een overeenkomst inzake krediet in het belang van de consument informatie in over diens financiële positie en beoordeelt hij, ter voorkoming van overkreditering van de consument, of het aangaan van de overeenkomst verantwoord is. Volgens de Memorie van Toelichting bij dit artikel, dient hierbij gekeken te worden naar zowel de inkomsten als de uitgaven alsmede naar het vermogen van een consument. In uitzondering hierop kan bij effectenkredieten "verlicht regime" met een zogenaamde vermogenstoets (verhouding waarde effectenportefeuille en kredietsom) worden volstaan.

Daarnaast mag een aanbieder van krediet, ingevolge artikel 4:34 lid 2 Wft, geen overeenkomst inzake krediet aangaan met een consument indien dit met het oog op overkreditering, onwenselijk is.

Conform artikel 113 Bgfo Wft kunnen aanbieders van effectenkrediet (krediet tegen onderpand van effecten) aan deze zorgplichten (het inwinnen van informatie en verbod op overkreditering) voldoen, indien de kredietsom of de kredietlimiet van het effectenkrediet gedurende de loop van de kredietovereenkomst niet hoger is dan een percentage van de waarde van de te verpanden effecten (veelal betreft dit 70% van de waarde van effecten).

In de praktijk kan een aanbieder van een effectenkrediet aan de verplichting tot het inwinnen van informatie en aan het verbod op overkreditering voldoen door middel van een risicobeheersingssysteem (waarbij door de aanbieder van krediet doorgaans veiligheidsmarges worden ingebouwd door middel van een toegestane verhouding tussen de waarde van de financiële instrumenten en de hoogte van de kredietsom of kredietlimiet). Hierdoor kan een aanbieder van effectenkrediet de verplichtingen van de kredietnemer real time monitoren. Gelet op (a) de veiligheidsmarges bij de bevoorschotting, (b) de aanwezige systeembewaking en (c) de jarenlange ervaring van banken met monitoring en ingrijpen bij overstanden is het risico op overkreditering bij effectenkrediet erg klein.

Omdat financiële instrumenten een zeer liquide vorm van vermogen zijn en over het algemeen dagelijks verhandelbaar, kunnen financiële instrumenten snel omgezet worden in geld. Op die manier kan snel worden ingegrepen door de aanbieder van een effectenkrediet indien de waarde van de betrokken effecten onder een bepaald percentage dreigt te raken (hetgeen ook wordt overeengekomen met de consument). Hierdoor wordt voorkomen dat een consument met een restschuld wordt geconfronteerd.

In de praktijk zal een aanbieder van een effectenkrediet "verzwaard regime" niet alleen informatie inwinnen over de financiële positie van de consument, maar ook de waarde van de bestaande effectenportefeuille van de consument veelal laten meewegen bij de beoordeling of het aangaan van een kredietovereenkomst verantwoord is. Deze werkwijze sluit aan bij het bepaalde in de Memorie van Toelichting bij artikel 4:34 lid 1 Wft. Bij het aangaan van de kredietovereenkomst zal met de consument worden afgesproken dat de aanbieder van het effectenkrediet bevoegd is (met in achtneming van een bepaalde periode en na ingebrekestelling van de consument) tot uitwinning van de effectenportefeuille over te gaan, in geval de waarde van de portefeuille onder een bepaald percentage raakt. Derhalve zal ook bij een effectenkrediet "verzwaard regime" een bewaking van de veiligheidsmarge moeten plaatsvinden en zal snel moeten worden ingegrepen indien de waarde van de betrokken

effecten onder een bepaald percentage dreigt te raken (overeenkomstig de afspraak met de consument).

Door het loslaten van de toepassingsgrens van 40.000 euro in het voorstel om de materie van de Wck onder te brengen in het BW, zal een groot aantal effectenkredieten "verzwaard regime" niet meer binnen een aantal dagen kunnen worden opgeëist waardoor niet meer snel kan worden ingegrepen indien de waarde van de betrokken effecten onder een bepaald percentage dreigt te raken. Immers, het voorgestelde artikel 7:77 BW staat vervroegde opeisbaarheid in dit geval niet toe, hetgeen vanuit het oogpunt van consumentenbescherming hoogst onwenselijk is. De onmogelijkheid van vervroegde opeisbaarheid is bovendien niet in lijn met artikel 4:34 lid 2 Wft (verbod op overkreditering). Dit verbod brengt met zich mee dat de aanbieder van krediet dient te voorkomen dat de consument in een situatie terechtkomt waarbij sprake is van overkreditering. In geval van onderdekking is het daarom van belang de consument binnen enkele dagen tot aanzuivering te verplichten teneinde te voorkomen dat een verdere koersdaling van de betrokken effecten grotere verliezen meebrengt of zelfs een restschuld voor de consument veroorzaakt.

Gewezen wordt verder op de verplichting van beleggingsondernemingen ten aanzien consumenten die posities in financiële instrumenten hebben ingenomen waaruit financiële verplichtingen (margin) voor die consumenten kunnen voortvloeien (artikel 4:25 Wft jo 86 Bgfo). Deze verplichting van beleggingsondernemingen brengt mee dat de beleggingsonderneming posities van de consument dient te sluiten binnen vijf werkdagen indien de consument over onvoldoende saldi beschikt om aan de genoemde actuele verplichtingen te voldoen (liquidatieplicht). Het sluiten van posities kan onder omstandigheden met zich mee brengen dat een deel van het krediet moet worden afgelost (wat opeisbaarheid veronderstelt) ingeval een consument transacties met derivaten en effectenkrediet combineert. Uiteraard dient voorkomen te worden dat het verbod van vervroegde opeisbaarheid in de weg staat aan deze liquidatieplicht. *Bijlage 1* bij deze notitie verduidelijkt waarop deze mogelijke samenloop van het verbod van vervroegde opeisbaarheid met de liquidatieplicht betrekking heeft.

Gelet op het bovenstaande verzoeken wij het ministerie de toepasselijkheid van de bepalingen van de Wck op effectenkredieten in heroverweging te nemen. Gesteld dat de bepalingen van de Wck op effectenkredieten van toepassing moeten blijven, dan verzoeken wij het ministerie een uitzondering te maken op het voorgestelde artikel 7:77 BW voor effectenkredieten waarbij het verbod op vervroegde opeisbaarheid wordt losgelaten.

4.2 Effectenkrediet en goederenkrediet

In de toelichting bij titel 2B (Goederenkrediet) van de conceptregeling wordt aangegeven, dat de uitzondering voor effectenkrediet als voorgesteld in artikel 7:75 lid 3 BW niet past in de voorgestelde regeling van het goederenkrediet. Effectenkrediet "verlicht regime" valt dus niet onder de toepassing van titel 2A afdeling 2 BW maar wel onder toepassing van titel 2B (Goederenkrediet). De bepalingen voor goederenkrediet gelden dus voor zowel effectenkrediet "verlicht regime" als voor effectenkrediet "verzwaard regime".

Doordat de bepalingen in de conceptregeling inzake goederenkrediet (veelal gebaseerd op de bepalingen in de Wck) niet zijn geschreven voor effectenkrediet (immers de "oude" Wck was in het geheel niet van toepassing op effectenkrediet) zijn er allerlei onduidelijkheden in de conceptregeling. Hierbij wijzen wij nader op de volgende bepalingen:

4.3 Reikwijdte pandrecht

In concept-artikel 7:79 BW is conform artikel 40 lid 1 Wck opgenomen dat het slechts is toegestaan tot zekerheid van de nakoming van een verbintenis van de consument uit hoofde van een kredietovereenkomst, een pandrecht als bedoeld in artikel 3:237 BW te vestigen op een zaak, indien die zaak door de consument van het uit hoofde van de kredietovereenkomst verkregen geld wordt aangeschaft of aan de consument ingevolge de kredietovereenkomst het genot van die zaak wordt verschaft. Hoewel de toelichting op dit artikel aangeeft dat een verbod van verpanding van vorderingen van de consument, zoals neergelegd in het slot van lid 1 van artikel 40 Wck, in elk geval te ver gaat (waarbij volgens de toelichting wordt gedacht aan het pandrecht van de bank op door de bank voor de consument beheerde obligaties), is het onduidelijk of een verpanding van de aan te kopen effecten (zoals effecten aan toonder en participaties in beleggingsfondsen) - in het kader van effectenkrediet - hiermee nu ook mogelijk wordt gemaakt. Met inachtneming van het voorgaande wordt daarnaast met dit artikel - in het kader van effectenkrediet - voorbij gegaan aan de verpanding van girale effecten conform artikel 20 en 21 Wet giraal effectenverkeer en aan de verpanding van buitenlandse effecten. Ook is niet duidelijk hoe dit artikel zich verhoudt tot een pandrecht op een bestaande effectenportefeuille in het kader van een effectenkrediet "verzwaard regime" (aangezien dan niet noodzakelijk effecten worden aangeschaft of aan de consument ingevolge het krediet het genot van de effecten wordt verschaft).

4.4 Beëindiging pandrecht

In concept-artikel 7:89 BW is conform artikel 40 lid 2 Wck opgenomen dat een pandrecht op een gefinancierde zaak, dat in het kader van een doorlopend krediet is gevestigd, van rechtswege eindigt, zodra de kredietnemer aflossing heeft gedaan ter grootte van het verschil tussen de contante prijs van die zaak en het bedrag van de contante betaling betreffende het genot van die zaak, dan wel, indien geen contante betaling is gedaan, ter grootte van die contante prijs. Het is hierbij duidelijk dat dit artikel problemen oplevert bij de verpanding van effecten in het kader van effectenkrediet. Een effectenportefeuille is doorgaans divers en dynamisch. Niet bepaalbaar is op welke effecten het pandrecht zou vervallen. Het bestaan van het pandrecht is bovendien een essentieel element uit de overeenkomst van effectenkrediet.
De Algemene Bankvoorwaarden zeggen overigens al (in artikel 26): "De omvang van de gevraagde zekerheden moet in een redelijke verhouding staan tot de verplichtingen van de cliënt". Daarnaast zal de kredietovereenkomst aangeven wat de verhouding tussen (gebruikt) krediet en de waarde van het onderpand zal zijn. Aan een bepaling die vrijval van het onderpand regelt is dan ook geen behoefte.

4.5 Gevolgen ontbinding kredietovereenkomst

Daarnaast is het de vraag in hoeverre concept-artikel 7:96 BW zich verhoudt tot de overeenkomst betreffende het effectenkrediet "verzwaard regime". Stel nu dat een consument met een effectenkrediet financiële instrumenten aankoopt en vervolgens binnen twee weken de overeenkomst betreffende het effectenkrediet ontbindt. Wat is dan het gevolg voor de aankoop van de financiële instrumenten? Wordt dan - op grond van artikel 7:96 BW - die overeenkomst ook ontbonden? Dit brengt niet alleen rechtsonzekerheid op de financiële markten met zich mee, maar zou ook onmogelijk zijn, aangezien de wederpartij van een transactie in financiële instrumenten verhandeld op een beurs, niet bekend is. En ook al zou de wederpartij bekend zijn, dan zou ontbinding ten opzichte van die wederpartij doorgaans volstrekt onredelijk zijn.

Gelet op het bovenstaande verzoeken wij uw Ministerie de toepasselijkheid van de regels in titel 7.2B betreffende goederenkrediet op effectenkrediet in heroverweging te nemen dan wel de onduidelijkheden voor wat betreft de regels in titel 7.2B betreffende goederenkrediet voor effectenkrediet weg te nemen.

5. Overige opmerkingen

5.1 De begrippen "leverancier" en "dienstverlener" in de artikelen 7:77 en 7:78 BW lijken nieuw. In artikel 7:57 BW worden deze echter niet gedefinieerd. Hoe verhouden zich deze begrippen met de "kredietbemiddelaar"?

5.2 In artikel 7:78 BW wordt verwezen naar de overeenkomst als bedoeld in artikel 7:75 BW. Is een verwijzing naar de overeenkomst als bedoeld in artikel 7:57 BW niet meer op zijn plaats?

5.3 Indien in een kredietovereenkomst wordt vermeld wat het bestedingsdoel is (bijvoorbeeld de aanschaf van een auto met een bepaald energielabel of de aanschaf van financiële instrumenten) is er dan sprake van een gelieerde overeenkomst (7:57 lid 1 sub n jo lid 5 BW) en is er dan sprake van goederenkrediet (7:84 BW)?

5.4 Provisies kunnen een nuttige sturende functie hebben. Het is dan ook gewenst dat het in rekening brengen van provisies mogelijk blijft.

Een voorbeeld van een provisie is de bereidstellingsprovisie. Dit is een provisie die in rekening wordt gebracht voor nog niet opgenomen krediet. Een dergelijke provisie is gerechtvaardigd omdat er voor een bank ook aan een niet gebruikt krediet kosten verbonden zijn, met name in de vorm van solvabiliteitsbeslag. Van een dergelijke provisie gaat dan ook een nuttige prikkel uit namelijk om niet meer krediet te nemen dan naar verwachting gebruikt zal worden. Omgekeerd kan het ontbreken van een dergelijke provisie de consument stimuleren om veel krediet te nemen. Hij heeft dan financiële ruimte en het kost niets zolang er geen gebruik van gemaakt wordt. Bovendien is heeft een groot krediet vaak een lagere rente dan een klein krediet. Dit leidt er toe dat er "lucht" komt te zitten in een kredietportefeuille. Het leidt tot inefficiënties en kosten.

6. Samenvatting en conclusies

Over het verwachte effect van de ontwerp regeling is door uw Ministerie in de toelichting bij het consultatiedocument het volgende aangegeven.

"*Door de modernisering en soepeler regeling van kredietverstrekking met voldoende bescherming van de consument zal in de behoefte kunnen worden voorzien voor de kredietnemer om op verantwoorde wijze krediet te verkrijgen en voor de kredietgever om vanuit commercieel oogpunt op verantwoorde wijze krediet te verstrekken.*"

Het ontwerp dat ter consultatie is gepresenteerd betekent een belangrijke verbetering doordat verspreide regelingen nu bijeen zijn gebracht en onderling afgestemd. De gekozen systematiek lijkt ons een goede keuze. Over het algemeen is ook helder waarom de nieuwe regelingen worden voorgesteld.

Dat laatste geldt niet voor een schrapping van de toepassingsgrens van 40.000 euro voor het Wck-terrein. Schrapping betekent materieel nieuwe wetgeving. Wij missen empirische onderbouwing van een noodzaak tot invoering van deze nieuwe wetgeving. Er is dan ook geen reden om aan te nemen dat deze nieuwe wetgeving problemen zou oplossen. Er is echter alle reden om aan te nemen dat er wel problemen zullen worden gecreëerd en niet slechts op het gebied van het privaatrecht. De beoogde versoepeling verandert per saldo in haar tegendeel.

Ook voor het handhaven van de Wck-bepalingen missen wij argumentatie. Hoewel het ons voorkomt dat een goede argumentatie een vanzelfsprekend onderdeel van het wetgevingsproces moet zijn, hebben wij tegen handhaving van de huidige bepalingen, met de voorgestelde aanpassingen, geen grote bezwaren. Hoewel aan handhaving nadelen zijn verbonden is duidelijk dat er voor de consument ook voordelen zijn. In praktische zin is handhaving van die regels niet erg bezwaarlijk in de huidige praktijk aangezien ze al heel lang hierin zijn verwerkt.

Dat effectenkrediet nadere doordenking behoeft moge duidelijk zijn geworden.

Naar wij hebben begrepen is uw Ministerie tot overleg bereid, hetgeen door ons zeer op prijs wordt gesteld en belangrijk wordt gevonden. Graag zullen wij van de te bieden gelegenheid gebruik maken om met u te overleggen en nadere toelichting te geven, ook, en met name, over de praktijk van de kredietverlening aan consumenten.

Bijlage 1: twee praktijkgevallen ter verduidelijking van ondermeer samenloop van het verbod van vervroegde opeisbaarheid met de liquidatieplicht

Bijlage 1

Het gebruik van een kredietovereenkomst in combinatie met een optieovereenkomst is gangbaar Een voorbeeld hiervan is een futurecontract waarvoor dagelijks de winsten of verliezen worden vereffend met de geldrekening.

Deze zogenoemde bijstelling in de futures kan leiden tot een negatief geldsaldo. Om te voorkomen dat deze klant bij een negatief geldsaldo gedwongen wordt om posities te sluiten, gaat de klant een kredietovereenkomst aan. Om de gang van zaken te verduidelijken volgt een praktijkvoorbeeld waarbij het gebruik van krediet in combinatie een marginverplichting wordt toegelicht. Een tweede voorbeeld heeft betrekking op een situatie waarin er alleen krediet is. Er wordt ondermeer stilgestaan bij de situatie van onderdekking en de daarbij behorende liquidatieplicht van de beleggingsonderneming.

Voorbeeld 1:

Zorgplicht liquidatie versus effectenkrediet en margin

Klant houdt een aandelenportefeuille aan voor een bedrag van € 100.000 en beleent hierop het maximaal toegestane bedrag van € 50.000 volgens de inkomsten lastentoets onder het verzwaarde regime. Daarnaast bestaat de portefeuille uit geschreven optieposities van € 10.000 negatief met een bijbehorende marginverplichting van€ 15.000. Het schrijven van

opties betekent dat de klant een verplichting is aangegaan wat als een negatieve waarde in de portefeuille wordt weergegeven. Onderstaand overzicht toont de opbouw van de bestedingsruimte.

Klantportefeuille	waarde	bevoorschotting	dekkingswaarde
aandelen	100.000	70%	70.000
geschreven opties	10.000-	0%	-
Kredietlimiet	50.000		
opgenomen krediet	50.000-		50.000-
Beschikbare kredietruimte	0		
Marginverplichting optieportefeuille			15.000-
Bestedingsruimte			**5.000**

De maximale belening/dekking op de portefeuille is 70% van de effectieve waarde en de beleggingsonderneming zal in geval van onderdekking posities sluiten binnen een termijn van 5 handelsdagen.

Stel dat in dit voorbeeld de marginverplichting stijgt van €15.000 naar € 27.500 en dat de waarde van de geschreven opties daalt van € 10.000 negatief naar € 20.000 negatief. Daarnaast neemt de waarde van de aandelen af van € 100.000 naar € 90.000. In deze situatie, zie onderstaand overzicht, ontstaat er een negatieve bestedingsruimte en dient de klant het tekort aan te zuiveren.

Klantportefeuille	waarde	bevoorschotting	dekkingswaarde
aandelen	90.000	70%	63.000
geschreven opties	20.000-	0%	-
Kredietlimiet	50.000		
opgenomen krediet	50.000-		50.000-
Beschikbare kredietruimte	0		
Marginverplichting optieportefeuille			27.500-
Bestedingsruimte			**14.500-**

Indien de klant geen actie onderneemt om het tekort aan te zuiveren dan zal de beleggingsonderneming moeten ingrijpen. De beleggingsonderneming zal de optiepositie sluiten wat leidt tot een verbetering van de bestedingsruimte met € 7.500 namelijk de vrijval van de marginverplichting van € 27.500 en de kosten voor het sluiten van de optiepositie van € 20.000. De situatie die op dat moment ontstaat, wordt hieronder weergegeven.

Klantportefeuille	waarde	bevoorschotting	dekkingswaarde
aandelen	90.000	70%	63.000
geschreven opties	-	0%	-
Kredietlimiet	50.000		
opgenomen krediet	70.000-		70.000-
Beschikbare kredietruimte	20.000-		
Marginverplichting optieportefeuille			-
Bestedingsruimte			**7.000-**

Het sluiten van de geschreven opties leidt tot een toename van het kredietgebruik met € 20.000 wat een overschrijding is van de kredietlimiet. Daarnaast is met het sluiten van deze optiepositie het dekkingstekort niet opgeheven aangezien de bestedingsruimte nog altijd € 7.000 negatief is. Een volgende stap zou zijn om de overschrijding van de kredietlimiet aan te zuiveren door de verkoop van € 20.000 aandelen. De situatie in de portefeuille komt er dan als volgt uit te zien.

Klantportefeuille	waarde	bevoorschotting	dekkingswaarde
aandelen	70.000	70%	49.000
geschreven opties	-	0%	-
Kredietlimiet	50.000		
opgenomen krediet	50.000-		50.000-
Beschikbare kredietruimte	-		
Marginverplichting optieportefeuille			-
Bestedingsruimte			**1.000-**

Zelfs na het liquideren van € 20.000 in de aandelenportefeuille resteert een tekort in de bestedingsruimte. Om het resterende tekort aan te zuiveren zal € 3.334 aan aandelen verkocht moeten worden. De reden hierachter is dat de bevoorschotting op de aandelenportefeuille 70% is zodat slechts 30% van de effectieve waarde van de te verkopen aandelen ten gunste komt van de bestedingsruimte. De situatie na deze verkoop ziet er dan als volgt uit.

Klantportefeuille	waarde	bevoorschotting	dekkingswaarde
aandelen	66.667	70%	46.667
geschreven opties	-	0%	-
Kredietlimiet	50.000		
opgenomen krediet	46.667-		46.667-
Beschikbare kredietruimte	3.333		
Marginverplichting optieportefeuille			-
Bestedingsruimte			**0**

Uit het voorbeeld komt naar voren dat het aanzuiveren van het margintekort door de beleggingsonderneming er toe leidt dat een deel van het krediet onder het verzwaarde regime wordt afgelost. Dit veronderstelt directe opeisbaarheid van het krediet. Het oorspronkelijke krediet van € 50.000 komt nu uit op € 46.667.

Zorgplicht effectenkrediet

Voorbeeld 2:
Klant houdt een portefeuille aan in liquide aandelen voor een bedrag van € 100.000 en beleent hierop een bedrag van € 65.000 onder het zware regime. De maximale belening op de portefeuille is 70% van de effectieve waarde. Thans is contractueel geregeld dat de beleggingsonderneming posities zal sluiten binnen een termijn van 5 handelsdagen, indien de waarde van de portefeuille onder de vereiste dekkingswaarde daalt. Bij een daling van 10% van de effectieve waarde van de portefeuille is de maximale belening op de portefeuille (70% van € 90.000) € 63.000. De klant wordt op dat moment gesommeerd om een deel van de lening af te lossen door bijstorting van gelden of liquidatie van een deel van de effectenportefeuille. Indien een bank het krediet niet (gedeeltelijk) kan opeisen of bijvoorbeeld pas na twee maanden, loopt een klant het risico met een restschuld te blijven zitten. Dit risico zal zich manifesteren bij een daling van de financiële markt.